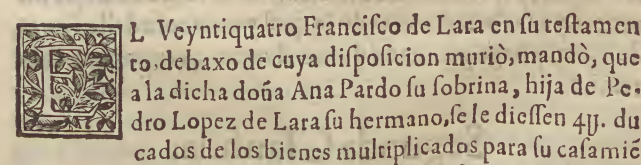


POR DOÑA ANA DE VITORIA GOVEO, VIVDA DEL VEYNTIQVATRO

Francisco deLara,por si,y como tutora,y curadora desus hijos,y del dicho su marido;En el pleyto

CON

Iuan Geronimo Maldonado, como marido de Doña Ana Pardo.



EL Veyntiquatro Francisco de Lara en su testamen to,debaxo de cuya disposicion muriò,mandò, que a la dicha doña Ana Pardo su sobrina, hija de Pedro Lopez de Lara su hermano,se le diessen 4U. ducados de los bienes multiplicados para su casamiẽto,o otro qualquier estado que tomasse;y esto mandò que los vuiesse con las calidades,y grauamenes,y segun,y en la forma que en las Clausulas del dicho testamento se contienen, que por fundarse en ellas este pleyto,se ponen a la letra.

Primera Clausula.

ITen mãdo, q̃ de mis bienes, y delos bienes dela dicha doña Ana de Vitoria mi muger, q̃ son delos bienes multiplicados que auemos ganado, y adquirido, durãte nuestro matrimonio se den a Doña Ana Pardo mi sobrina, hija legitima de Pedro Lopez de Lara mi hermano, 4ʒ. ducados para ayuda a su casamiento, o otro qualquier estado que tomare, los quales esten en poder de mis alvaceas, hasta tanto que la dicha Doña Ana Pardo mi sobrina tome qualquiera de los dichos dos estados, de casada, o Monja professa, y estonces se le den, e no antes, sin q̃ los dichos alvaceas tengan obligaciõ de pagarle reditos, ni interesses de los dichos 4ʒ. ducados del tiempo que los tuuieren en su poder; porq̃ quiero, y es mi voluntad, que los tengan, y esten promptos, en reales de plata de cõtado, para q̃ se los dẽ y entreguen, luego que tome qualquiera de los dichos dos estados. Y si la dicha Doña Ana Pardo casandose, muriere sin dexar hijos ligitimos, en qualquiera destos casos buelvã los dos mil ducados dellos a mis herederos, y los otros dos mil ducados a los herederos dela dicha Doña Ana de Vitoria. Y si la dicha Doña Ana Pardo mi sobrina entrare Monja, y professare, de los dichos 4ʒ. ducados se pague, y satisfaga su dote, e ingresso, y las costas de su professiõ y velo; y la cantidad q̃ quedare, y restare cũplimiẽto alos dichos 4ʒ. ducados, se empleen en rẽta cierta, y segura, de la qual dicha renta goze la dicha Doña Ana Pardo mi sobrina, durante su vida: y dende el dia de su fallecimiẽto en adelãte cesse la dicha rẽta, en quãto a la dicha Doña Ana Pardo, y buelva su principal y renta, la mitad dellos a mis herederos, y la otra mitad a la dicha Doña Ana de Vitoria mi muger, y a sus herederos: todo lo qual y cada cosa dello, se aya de hazer, y haga por mano de mis alvaceas, a cuyo parecer lo remito.

Segunda Clausula.

ITen declaro, que en las mandas q̃ por este mi testamẽto hago a las dichas Doña Ana Pardo, y Doña Ponciana, y Doña Eugenia mis sobrinas, hijas legitimas del dicho Pedro Lopez

de La-

de Lara mi hermano, entran y se cõprehẽden todas las sumas, y cantidades de marauedis, e otras cosas que entrarõ en mi poder, por bienes suyos, para que quedẽ pagadas, y satisfechas de todo ello, con las mandas que les hago, por este mi testamẽto sin que me puedan pedir, ni demandar, ni a mis bienes, y herederos cosa alguna de los dichos sus bienes, y haziẽda que entraron en mi poder, ni poner pleyto, ni demãda en razõ dello: y si lo pusieren, o intentaren, por el mesmo caso les reuoco las dichas mandas que les hago por este mi testamento, para q̃ no se les dè, ni adquieran derecho a ellas, como sino las vuierã hecho. Y mando que se le pague de mis bienes, lo que pareciere auer entrado en mi poder por bienes suyos: e porq̃ ansi es mi voluntad, &c.

ESTO Supuesto, Doña Ana de Vitoria por lo que a ella toca, y como tutora de sus hijos, pretende q̃ se à de confirmar la sentencia del juez Ordinario, en quanto es en su fauor, y de sus menores, en auerla dado por libre de lo contra ella pedido por la dicha Doña Ana Pardo, respeto de los bienes gananciales: y declarado que el dicho legado se aya de entender, y sustẽtarse solamẽte en lo que cupiere en el quinto de los bienes del dicho Francisco de Lara; o hecha la quenta se le rateare, para que lo aya y reciba con la calidad, y cõdicion de la restituciõ, que en la dicha primera clausula se contiene. Y que la dicha sentencia se à de suplir en no auer declarado, que el dicho legado solo se à de sustentar en el quinto, en quanto a los dos mil ducados, que de sus bienes dispuso Francisco de Lara, dandolo por ninguno en los otros dos mil, que tocauã a la dicha Doña Ana de Vitoria. Y su justicia la funda en los medios siguiẽtes, demas de los que mejor V. m. sabrà considerar.

Lo primero, porque respeto de la dicha Doña Ana de Vitoria, es caso llano de derecho, q̃ no puede pretender Doña Ana Pardo cosa alguna, ni que se le den los 2ʒ. ducados de la parte de los bienes gananciales, que a la dicha Doña Ana de Vitoria tocan, conforme lo dispuso el dicho Francisco de Lara; porque el marido en perjuyzio de su muger, no puede legar, ni ha hazer otra disposicion alguna por vltima voluntad, de los bienes gananciales que a ella tocan, vt post Botriũ in decis. 244. num. 2. circa fin. alios congerens tradit Burgos Salon de Paz in suis quæstionibus, q. 9. num. 24. Ioannes Garcia de expẽsis cap.

 13. nu.

13.nu.20. Y esto procede aun en la donacion inter viuos, porque el marido no puede hazerla de la parte de los bienes comunes que tocan a la muger, mayormente en cãtidad tan excessiua, y para estraño; Molina de Hispan. primog.lib. 2. cap. 10.num.65. cum duobus seqq. a quien sigue Gutierrez pract. quæst.lib.2.q.121. y Iuan Garcia de Coniugali, ac quæstu, nu. 5.Burgos de Paz dict. q.9.nu.23. Y mas exprofesso que todos a mi corto ver, Matiẽzo in l.5.gloss.6.à n.3.lib.5.tit.9.compil. adonde desde el num.10.respõde a los argumẽtos; porque Antonio Gomez en la l.5. de Toro en el nu.75. se mouio a tener la opinion contraria; si bien en la materia de vltimas voluntades, de qua in præsenti, ninguno à dudado de q̃ el marido no pueda hazer legado de los bienes gananciales que a la muger tocan, aunque sea en minima cantidad: y assi justamente el Teniente dio por libre a la dicha Doña Ana de Vitoria Goueo.

Lo segundo, respeto de los menores hijos, y herederos del dicho Francisco de Lara, se considera que la dicha sentencia, en quãto auer declarado, que el dicho legado, como tal se aya de sustentar solo en el quinto de los bienes del dicho su padre, tiene suma justificacion; porque cõforme a la Clausula del testamento del dicho Francisco de Lara, lo que en virtud della se pide, viene a ser solo vn legado certæ personæ maritandæ, vel ingredienti in religionem relictum, que en su principio, assi por la disposicion de la dicha clausula, como por la de derecho fue condicional, ex doctrina Bartoli in l. Titio centum, §. Titio genero nu.3. ff. de conditionibus & demonst. a quien juntãdo a otros sigue Antonio Gomez dict.l.50.Tauri, nu.29. versic. si vero loquimur in extraneo, tunc in distinctè, modo fiat promissio, vel legatum dotis, pro certo matrimonio, modo simpliciter, semper censetur conditionale. Y assi estando (como estamos) en caso de legado, aũque la condicion se verificò para poderlo pedir, por auerse casado la dicha Doña Ana, los herederos solo estan obligados a pagarlo en quãto cupiere en el quinto, y en la cantidad de los 2ʒ. ducados, de que el padre dispuso de sus bienes; porque en los otros 2ʒ. es nullo, y no se puede sustentar, como se dirà; por que el padre no puede en perjuyzio de sus hijos disponer de mas, ex trita & vulg. reg tex. in l.9.tit.5. legum fori, & ex l.17. Tauri cum seqq. vbi Gometius num. 1. de que consta, que solo estamos en terminos claros de legado, y

no de

no de confeſsion de deuda; y que aſsi nō milita aqui el caſo de la l.qui teſtamentum faciebat, ni ſu diſpoſicion, vt infra dicemus.

Y reſpeto de lo referido, no ſolo es cierto, que la dicha mãda ſe à de ſuſtentar en el quinto, ſino que tambien auiendo dicho, como dizen los herederos de Frãciſco de Lara, que no cabe en el el rateo; es llano, porque a Doña Ana Pardo le incumbe la carga de la probança de lo contrario, ex his, quæ tradit Couar.lib.2.variarum cap.6.nu.4. Gutierrez de iuramento cõfirmatorio, cap.1.n.25. quod ſine dubio procedit, quãdo el heredero hizo inventario, como en el caſo preſente, vt ipſe Gutierrez num.27. animaduertit.

Lo tercero ſe cõſidera por los dichos menores, que el dicho legado, q̃ aſsi ſe à de ſuſtentar en el quinto, à de ſer ſolo en quãto a los 2ʒ.ducados, de q̃ Franciſco de Lara diſpuſo de ſus bienes; y ſe à de dar por ninguno en la parte de los otros 2ʒ.ducados, que mandò ſe dieſſen de los bienes ganãciales, que tocaſſen a la dicha D. Ana de Vitoria ſu muger; porque aunque es aſſi, que el legado de la coſa agena, ſabiendo el teſtador que lo es, vale, y el heredero eſtà obligado a entregarla, ſi puede redimirla, o comprarla; y en ſu defecto deue pagar al legatario ſu eſtimacion, ex coniectura, voluntatis, quam lex ipſa interpretatur, l.cum rem alienam, C. de lega. §. non ſolum inſtit. codẽ; quam doctrinam exornãt poſt Baldum, & Iaſonẽ in dict.l.cum rem alienam. Mantica de coniecturis vltim. volunt.lib.9.cap.9.& latius Menoch.de præſumpt.lib.4.præſumpt.116. Michaelis Graſus de ſucceſsionibus, §.legatum, quæſt.14. cõ todos los demas que junta dominus Ioannes del Caſtillo de vſufr. cap.9.num.30.

Eſta doctrina, y regla no procede en el caſo preſente, vbi agitur de legato quantitatis pecuniæ, porque ſolo à lugar, y procede en ſus terminos de legado de eſpecie, en que hablan los derechos referidos, que es coſa diſtinta y diferente, vt in terminis animaduertit Menoch. dict. præſump.116.n.35.in fin.ibi: *Prudens autem iudex conſiderauit. primum hic non agi de quantitate, ſed de ſpecie legata, ſicuti non ſolum ex Doctorum traditionibus, ſed ex ipſis legibus colligitur*, que ſon dict. lex cum rem alienam, & §. nõ ſolum, que el miſmo refiere. Y aſsi ſe an de entẽder en ſu caſo de legado de eſpecie, ſin que reciba extenſion al de cantidad,

ſino

sino antes restriccion, por lo que el testador, y el derecho siempre atiende, a que el heredero sea menos grauado, l. vnum ex familia, §. si rem, ibi; *Nam sucursum est hæredibus ne cogantur redimere, quod testator suum existimans reliquit*, Socinus Iunior, cons. 90. lib. 1.

Et ideò legatum potius interpraetandum est inutile, quam quod grauetur hæres ad rem alienam redimendam, & legatario dandam, expræssus tex. in l. quod in rerum natura, §. 1. de lega. 1. & ibi Iason nu. 1. vbi singulariter notat, quod in dubio potius inducitur nullitas relicti, quam præsumatur hæres grauatus, ad aliquid redimendum quem sequitur Hieronymus Butisela, in repetit. legis. 1. C. de pactis, n. 16.

Y esto se justifica mas considerado, que en el legado de cãtidad de pecunia milita diferente razon, que en el legado de cosa, y especie; porque el legado de la cosa agena, vale por la voluntad, que se presume que el testador tuuo, de que al legatario se le diesse aquella especie, en quien puede caber, y considerarse afecciõ particular, de que el legatario la tuuiesse: y assi se presume, que por lo menos quiso el testador que vuiesse el legatario su valor, y estimacion, en caso que el heredero no pudiesse redimirla, quod considerat Mantica dict. loco nu. 1.

Y esta razon de decidir, y la presumpta, y conjecturada voluntad del testador, cessa en el legado de cantidad de dinero, porque en cantidad de dinero, no ay diferencia, ni afecciõ particular, ni cosa que se pueda redimir, ni pagar en defecto de su estimacion, nam pecunia est, per quam omnes aliæ res æstimãtur, l. si ita fideiussorem, ff. de fideiussoribus, Baldus cõs. 53. nu. 2. lib. 1. Tuscus lit. P. concl. 200. n. 1. & 2. vndè Federicus Scotus in repetit, l. 2. §. 1. n. 164. ff. de rebus creditis, & si certũ petatur, ait quod pecunia merces æstimatur, at mercibus non æstimari pecunia.

Y la diferencia del legado de cantidad de dinero al de especie, no se puede negar; pues demas de las dichas se conoce tambien, quia in legato auri, & argenti, non venit pecunia, l. cũ aurum, l. Quintus mucius 29. ff. de auro, & argento legato. De que infiero, que antes aqui veo voluntad contraria del testador, porque si quisiera mandar de su haziẽda todos los 4U. ducados, lo hiziera; porque de la gena, ni se deuian, ni podian pedir. Y assi es caso llano, que cessando la razon de la dicha ley,

cum

cum rem alienam, aunque en esta materia pudiera auer extẽsion de vn caso a otro, y no se atendiera al fauor del heredero, no se deuia admitir aqui su determinacion, pues aun en el legado de especie, de qua in d.l.cum rẽ alienam cessando la razon de su decission, cessa tambien su disposicion, vt in terminis refert Antonius Faber in suo C.tit.de testam.diff.21. Mantica dict.loco num.11.

Quod etiam probatur ex tex.in l. proprias,C.de legatis, in cuius specie el legado de la cosa propria del legatario,aunque respeto del testador es agena,no vale. Y la causa es,porque falta la razon de decidir,dict.l.cum alienam,y milita otra diferẽte, que es de que a vno no se le puede legar su propria cosa, vt animaduertit Bald. in dict.l.proprias,de que consta, que si este legado de especie, en que aun pudo auer lugar estimacion, no valio,por ser la razon diferente, y no militar en el el requisito,de que tambien auia de ser la cosa agena,respeto del legatario,y tenerla otro tercero,conforme a la disposiciõ,dict.l.cũ rem alienam,à fortiori,en el legado de cantidad de dinero,de quo in præsenti agitur,en que concurren dos diferencias; La vna de la calidad del mismo legado,por ser de cantidad. Y la otra,por razon de que en el no ay estimacion,ni voluntad presumpta,sino antes contraria,corre mayor razon,para q̃ se tẽga por ninguno,y milite la disposicion,dict.l. quod in rerum natura,§.1.& d.l.vnum ex familia,§.si rem.

Y esta diferencia que ay de legado de cãtidad agena al de especie,se viene a provar expressamente,ex disposítione tex,in l.si sic legatum 78.§.si mihi in principio,& in versic. proinde, ff.de legat.1.in cuius specie el legado q̃ se hizo a vno de diez,q̃ el testador supuso que otro le deuia, no vale, ni està obligado a pagarlo el heredero, quod diuersum esset, si fuera legado de especie: mayormente en este caso adonde, aunque el testador ignorara,que la cosa era agena,y la alegara,pensando que era suya,valia respeto de ser hecho a pariẽta, vt probatur ex d.l.rẽ alienam : y asi parece que se induze bien deste texto la dicha diferencia,y que por el solo se prueva con llaneza.

Y en el caso presente,aun quando el dicho legado de cantidad se considerasse,como de especie,y se regulasse por las mismas reglas del,venia a ser ninguno,y no se podia pedir,quia legatarius non potest petere æstimationem quãdo voluntas testato-

tatoris,per conjecturas refragatur, Mantica d.loco nu. 11. ibi; *Et quod æstimatio non debeatur quando hæc mens testatoris colligi possit ex conjecturis*, que es la consideracion que tambien haze Fabro, dict. defin. 21. q̃ habla en propios terminos de legados de especie de cosa agena: y afirma, que esta doctrina, y limitacion procede aun respeto de los parientes, que es lo mas apretado que puede auer; lo qual procede, y se ajusta al hecho de q̃ aqui se trata, porque no solo no ay conjetura de que Francisco de Lara quisiesse dar de sus bienes los 2U. ducados, que mandò le diessen de los bienes gananciales de la dicha Doña Ana de Vitoria, sino antes conjetura, y presumpcion contraria; porque los dichos 2U. ducados, de que assi dispuso delos bienes dela dicha su muger, mandò que bolviessen a ella, en los casos de restitucion, en defecto de no cumplirse las condiciones, y grauamenes con que hizo el dicho legado de 4U. ducados; de que es euidente, que si el testador sintiera, o tuuiera voluntad, de que todos 4U. ducados se diessen de su hazienda, mandara q̃ la restitucion en los dichos casos fuesse de todos 4U. ducados a sus herederos: pues lo contrario seria tambien querer induzir otro legado de 2U. ducados mas, en fauor de su muger, o por lo menos que en los dichos casos estuuiesse substituyda para la cantidad de los dichos 2U. ducados, quod non est præsumendum.

Y lo cierto es, que el dicho Francisco de Lara entendio que podia disponer de la hazienda multiplicada, q̃ tocaua a su muger, y q̃ tenia algun derecho en ella, engañandose en esto; y assi el legado no valio, vt in simili considerat Faber dict defin. 21. ibi: *Item si fuit quidam legaturus, sed non tantum quantitatem, vt puta si legauit bona, quæ putabat sibi obueniße ex hæreditate Titij, quæ tamen nulla obuenerat*, quod expressè probatur ex d.§.1.d.l.quod in rerũ natura; q̃ a mi corto ver, es muy a proposito deste pleyto, pues auiendo vn testador legado el vsufructo, para despues de los dias de su vida entẽdiẽdo que podia legarlo el legado fue nullo, porque con su vida se extinguio: sin embargo de que la razon de dudar deste texto, fue, que por venir ya a ser legado de cosa agena, se podia comprar, para que el legatario vuiesse el vsufruto, y en su defecto la estimacion, & nihilominus, por la razon de decidir se determinò, que el legado era ninguno: con que tambien viene a serlo el de que aqui se trata, pues pẽsando el Veyntiquatro Francisco de Lara, que podia disponer

de los

de los bienes gananciales que a su muger tocaua, hizo la dicha manda, que alias, no la hiziera. Con que, a mi corto ver, queda satisfecho este púto, de que el legado solo se deue sustentar en el quinto, en quanto a los 2U. ducados, que el dicho Francisco de Lara mandò de su haziéda, y que en lo demas es ninguno.

Y no obstarà dezir, que el inuentario no està solemnemente hecho, porque para el no fueron citados los acreedores, y legatarios, como se requeria, conforme a la disposicion del texto in l. fin. vbi gloss. in verbo cæterorum, C. de iure delibe. & in auth. de hæredibus, & falsidia, §. sancimus, & §. si vero absunt; porque la costumbre general desta Ciudad (que por notoria se alega) es hazerse los inuentarios en la forma que los dichos herederos lo hizieró, y està presentado, sin que jamas se aya citado a ningun acreedor, ni legatario para el; y assi los herederos deuen gozar de su beneficio, porque en esta materia solo se estiende a la costumbre del lugar donde el inuentario se haze; Paulus de Castro in dict. l. fin. §. cum igitur num. 3. ibi: *Seruanda est consuetudo loci, quod est notabile ad sustentationem inuentarij*, Speculator de instrumétorum additione lib. 2. particula. 2. §. 16. num. 23. in fin. & num. 24. versic. forma quoniam inuentarij, Sebastianus Monticulus de inuentario, num. 12. tom. 8. tractatuũ 2. part. num. 12. decissio genuen. 35. num. 1. & 3. Franciscus Porcelinus de inuentario, cap. 1. num. 6. Montaluus in l. 2. in verbo, Alcalde. tit. 7. lib. 3. fori, Aceued. in l. 19. tit. 21. lib. 4. num. 88. Parladorus lib. 2. rerum quot. cap. fin. 4. part. §. 1. nu. 8. Scobar de ratiocinijs cap. 9. num. 39. cum tribus seqq. & præter hos Aluarus Valascus omnino videndus consult. 52. nu. 28. vbi affirmat, quod omnes vno ore testantur, quod in confectione inuentarij seruanda est consuetudo loci, in quo fit omissis solemnitatibus, de quibus in dict. l. fin. y en el num. 22. refiere, que conforme al estilo y pratica de aquel Reyno no se citã los herederos, y legatarios, que es la que oy se obserua en esta Ciudad, y generalmente en todos estos Reynos. Y pondero para esto la doctrina de Baldo in dict. l. fin. §. si præfatam, num. 13. in fin. y lo que tambien refiere Paulo de Castro en el §. cũ igitur, num. 3. adonde affirman, que de generali consuetudine nõ seruantur solemnitates, de quibus in dict. l. fin. & in d. §. cũ igitur, & in §. si præfatam fit mentio, por la razon que refieré, que es concluyente, que siendo (como son) tantas, nunca vuiera in-

 uentario

uentario perfecto; y la ocasion de los pleytos que el derecho tã to procura euitar, fuera muy grande. Y los mejores testigos, q̃ en esta materia puede auer para la costumbre, demas dela notoriedad della, que relieua de prouança, son los Doctores de nuestro Reyno que la testifican, y Paulo de Castro, y Baldo, dizen, y afirman, que es general.

Y aunque se diga, que este legado de los 4u.ducados fue cõpensatiuo de lo que se supone, que Francisco de Lara deuia, y que esto se presume por derecho, respeto de lo que refiere en la segunda clausula, vt post Manticam de coniect. lib. 10. tit. 2. n. 17. juntando a muchos affirmat Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 110. nu. 36. & 37. Gutierrez lib. 3. pract. quæst. 43. num. 26. que es lo mas en que la parte contraria puede insistir para pretender, que respeto de lo referido, fue legado de deuda; y que assi se à de sacar de todos los bienes, pues el que compensa supone debito, de que haze paga, l. 1. cum vulgatis, ff. de cõpensat. adhuc en el caso presente, el dicho legado no se puede pedir por deuda, ni como compensatiuo; porque no lo es, y solo se à de sustentar en el quinto, sin que pare perjuyzio a la legitima de los hijos.

Lo primero, porque las doctrinas referidas, que general, y indistintamente hablan en el legado, que se presume ser compẽsatiuo por la disposiciõ del testador, o en q̃ ay expressa declaraciõ suya, no procedẽ respeto de los hijos, q̃ sõ acreedores necessarios por sus legitimas, ni de otro qualquier tercero, y siempre se à de entender, y sustentarse en fuerça de donacion, y legado, l. qui vxori 19. ff. de auro, & argento legato, vbi Bart. numer. 2. ibi: *Item pone, testator reliquit alicui tanquam debitum, & imminet falsidia certè benè deducetur de illo legato, nisi probetur debitum per testes, vel instrumenta, vt hic.* Y en terminos de legado compensatiuo es el mejor lugar de los que è visto el consejo 45. de Alexandro en el lib. 1. en el num. 11. con el siguiente, ibi: *Nec etiam ante defalcationem legitimæ deducentur relicta in compensationem seruitiorum relictorum nisi aperte constaret, &c.*

Lo segundo, porque demas de que las reglas, de que el legado non præsumitur relictum animo compensandi, & sic non compensatur cum debito, aun en los casos que consta que lo ay. l. creditorem de legat. 2. l. quamquam, & l. licet. ff. ad l. falsidiam, vt tradunt omnes in l. si cum dotem, §. si pater, ff. soluto

matrim.

matrim. Corneus conſ. 292. num. 2. vol. 1. Menoch. plures refe-rens, dict. præſumpt. 110. nu. 7. en el caſo preſente ay conjectu ras, contra lo que ſe pretende induzir, de lo que ſe refiere en la dicha ſegunda clauſula, para que el dicho legado no ſe pueda preſumir que fue compenſatiuo, y que aſsi ſe à de ſuſtẽtar ſolo en el quinto.

Y la primera conjectura es la que reſulta, y nace de la naturaleza del miſmo legado, por auer ſido para el dote, y caſamiẽ to de la dicha Doña Ana Pardo, o entrar en Religion; y aſsi calificado con que ceſſa la preſumpcion, de que fueſſe en pago de deuda, ni en contemplacion della, aun quando la vuieſſe, y ſe confeſſaſſe, que es todo lo que aqui falta, vt in ſimili refert Corneus dict. conſ. 292. num. 3. verſic. coadiubatur concluſio, ibi: *Legatum factum à debitore eſt ſimpliciter factum, non autẽ qualificatum, vt pro alimentis, vel pro dote*, & melius Menoch. dict. præſumpt. 110. num. 8. ibi: *Rectius fortè hæc coniectura poßet procedere quando legatum ipſum eßet qualificatum, & illa qualitas differt ab ea, quæ ineſt debito antecedenti, nam tunc qualitas iſta diuerſa adiecta legato, ſuadet legatum eße factum animo non compenſandi.*

La ſegunda conjectura es la que nace de la calidad, y grauamen de la reſtitucion, para en caſo que verificada la condiciõ, murieſſe ſin hijos la dicha Doña Ana Pardo, nam quãdo legatum alteri eſt reſtituendum, tunc non præſumitur compenſatiuum, vt reſpondit Capra in conſ. 145. numer. 5. & affirmat Menoch. dict. præſumpt. 110. n. 27. Y eſto aun procede aqui cõ mayor razõ, conſiderado q̃ el dicho legado en ſu principio fue cõdicional, que es coſa que tambien reſiſte a la preſumpciõ, que tambien ſe quiere induzir de la dicha ſegunda clauſula; pues la compenſacion viene a ſer paga, q̃ à de ſer de cantidad efectiua y cierta, y no de coſa que pendia del futuro euento: y que en caſo que la dicha Doña Ana Pardo no ſe caſaſſe, ni tomaſſe otro eſtado, no podia pedirla, pues antes no ſe podia dezir, que era acreedora della, l. is qui 43. ff. de actionibus, & oblig. l. qui in fraudem 27 ff. qui, & à quibus, l. penult. ff. ex quibus cauſis in poſſeſsionem eatur, Antonius de Ripol ad tit. de cõditionibus & demonſtr. in rubrica, cap. 1. num. 54. De que conſta, que lo que el dicho Franciſco de Lara en la ſegunda clauſula refiere, ſolo fue ponerle a Doña Ana Pardo otro grauamen y condicion, de que no le pudieſſe pedir, ni mouer pleyto a ſus bienes,

y tambien para mouer mas a que el dicho legado se pagasse, aunque fuesse en perjuyzio de la ligitima de sus hijos, no pudiẽdo el grauarla.

La tercera conjectura es, la que nace de la misma persona, a quien se hizo el legado, por ser sobrina de Francisco de Lara, hija de su mismo hermano, nam ratione coniunctionis magis præsumitur animus liberalis, & donandi quam compensandi, vt in terminis refert Corneus dict. consl. 292. num. 3. ibi: *Iubatur etiam præmissa ex qualitate personæ ipsius legatariæ, quæ est cõiuncta in quarto gradu, ipsi testatori*, Menoch. dict. præsumpt. 110. num. 12. Y assi concurriendo estas conjecturas con la regla referida, viene a estar bastantemente verificado, que este no fue legado compensatiuo, y excluyda la cõjectura que se quiso induzir de la segunda clausula, pues qualquiera de las que assisten al derecho de la dicha Doña Ana de Vitoria, es mas fuerte, y solo bastante para elidirla, l. Dibus, ff. de minoribus. Y si esto procede adonde ay confession de deuda, o provança cierta, como respeto de los hijos se requiere, à fortiori, en el caso presente no auiendola, es mas llano, que el dicho legado no fue compensatiuo, sino mera y pura liberalidad, y donacion del testador.

Lo tercero, porque es cierto, que aqui no ay declaracion de cantidad, que el dicho Francisco de Lara deuiesse, ni cosa liquida, ni el lo refiere; y assi en ningun caso pudiera auer lugar cõpensacion en cantidad concurrente de lo que el dicho legado montasse; ni en otra alguna: y totalmente faltan todos los requisitos que para ella se refieren, secundum l. fin. C. de compensat. l. 21. tit. 4. part. 5. & ea quæ tradit Menoch. de arbitrarijs, lib. 2. centuria 1. cassu 14. n. 1.

Y esto procede en el hecho deste pleyto con mayor justificacion, considerado, que lo que el dicho Francisco de Lara en la dicha segunda clausula refiere, no fue solo haziendo mencion de la dicha Doña Ana Pardo, sino tãbien respeto de Doña Ponciana, y Doña Eugenia sus sobrinas, a quien expressamẽte nombrò, diziendo, que lo que auia entrado en su poder, pertenecia a todas, sin que vuiesse sido la cãtidad, que les auia mãdado, vt denotant verba, ibi: *Entran, y se comprehenden todas las cantidades de bienes, y otras cosas que entraron en mi poder*, que este es otro genero de incertidumbre, con calidad de menor suma. pues no se puede negar que comprehenderse vna cosa en otra, es su-

es suponer que la cōprehēdida es menor, que esto todo muestra, que aun quando la dicha Doña Ana Pardo vuiesse intentado derecho de acreedora, y no pudiesse como legataria, aun era bastante para exclusion de su intento, pues qualquiera pedimiento, y probança, para que aya condenacion, deue contener cosa cierta, l. 1. §. si quis argentum, ff. de positi. l. in actione, ff. de furtis, cap. 2. & 3. de libelli oblatione, l. 15. tit. 2. part. 3. Matienço in suo dialogo relatoris, 3. part. cap. 43. à num. 3. y la incertidumbre aun de por si sola, es caso llano que vicia la disposicion, tam in contractibus, quā in vltimis voluntatibus, dict. §. 1. l. si sic legatum, Antonius Gomez variar. tom. 2. cap. 10. nu. 9. ex quibus apparet, quod dictum legatum non debetur, nec peti potest tanquam compensativum, aunque la disposicion fuesse entre estraños, y que asi solo à lugar en lo que cupiere en el quinto.

Y la probança que la dicha Doña Ana Pardo pretendio hazer, demas de que por ella nunca se pudiera justificar el derecho de acreedora, auiendolo intentado como legataria, es ninguna, y que se deue repeler destos autos, respeto de ser solo de vnas declaraciones extrajuciales de algunas personas, que en virtud de las monitorias generales (que vulgarmente se llamā cartas de descomuniō) hizieron sin auer otros testigos, ni mas que las ratificaciones de las dichas personas, que no obra efecto alguno; porque aunque conforme a derecho se pueden, y deuen conceder las dichas cartas generales, solo es para efecto de que se descubran, y sepan los nombres de las personas que tienen noticia del hecho, que se pretende verificar para pretentarlos por testigos, no pudiendose probar de otra suerte, tex. in cap. ad nostram, el 2. de iureiurando, quē in distinctè procedere, inquit Abb. ibi, num. 2. *Licet coram iudice seculari res tractanda sit*, quem sequitur Gutierrez Canonic. quæst. lib. 1. cap. 11. num. 35. cum duobus seqq. Zerola in sua praxi Episcopali, verbo exco municatio, cap. excomunicationis causa materialis, num. 2. Ricio in sua praxi fori Ecclesiastici, decis. 275. Faber in suo C. tit. de testibus, diffin. 4. ibi; *Quod prior ad fines reuelationis tantum facta esset potius quam ad probandum.*

Estas declaraciones no hazen fee, ni probança alguna; porque demas de que el intento de las dichas monitorias generales, en cuya virtud se hazen, y su efecto solo es el referido, ad fi-

 nem

nem reuelationis tantum: y que assi el acto vltra intentionem agentis, nihil operari debet, l. non omnis 19. ff. de rebus creditis, & si certum pet. quod in specie cõsiderat Faber dict. diff. 4. n. 5. & diff. 16. n. 2. Ricius dict. sua praxi decis. 279.

Y quando esto cessasse, y las declaraciones aun se dixessen, y pidiessen con intento de que hiziessen probança, adhuc, no merecian nombre della, ni podian obrar ningũ efecto. Lo primero, porque a lo que vno declara extrajudicialmente, aũque sea ante Notario, o Escriuano, no se le deue dar nombre de testigo; y es ninguno por pecar en la forma, respeto de faltarle la del juyzio, vt animaduertit Tindarus in tract. de testibus cap. 3. nu. 1. tractuum tom. 4. folio mihi 552. y esta es la razon q̃ da Bartulo in l. si quis legatum, nu. 3. para que aunque vno extrajudicialmente depõga vna falsedad, no sea castigado por ella, vt denotant verba, ibi: *Aut enim dictum suum est nullum ex defectu formæ, verbi gratia, testis non deposuit in iuditio, sed coram notario dixit: Scribe, quod ego testificor sic tunc isto cassu non punitur*, arguméto huius legis, quia testimoniũ istud non est testimonium, quod etiam probatur ex glos. in l. damus, C. ad legem Corneliam de falsis.

Y procediendo (como procede) esta doctrina en el que depone ante Notario, o Escriuano, que es persona publica; à fortiori, corre mayor razon en el caso presente, adonde las declaraciones se hizieron ante vn Cura, que no tiene autoridad ninguna; mayormente atendiendo, à que aunque el testigo diga en juyzio, es necessario, para que el Escriuano lo reciba, q̃ preceda el mandato del juez; porque de otra suerte su dicho viene a ser ninguno, vt tradit Farin. y todos los que el junta, num. 178. Lo segundo, porque las dichas declaraciones, demas del defecto de la forma del juyzio, no tienen juramento, que esto es tambien pecar en la substancia, para que ni hagan fee, ni se puedan llamar deposiciones de testigos. l. testiũ, l. iuris iur. C. de testibus, cap. nuper extra de testibus, ibi; *Respondemus, quod nullius testimonio, quantuncumque religiosum existat, nisi iuratus deposuerit, &c.* Farin. de testibus, quæst. 74. num. 1. quod adeò verum est, que en esta calidad del juramento se requiere por forma, que aya de ser antes que el testigo diga su dicho, porque aunque el juramento lo hagá al fin del, no vale, dict. l. iuris iur. ibi: *Priusquam perhibeat testimonium*, vbi glos. in verbo iuris iurandi,

randi, cap. fraternitatis in fin. ibi; *Receptis prius, &c.* Ripa in l. ad monendi num. 194. versic. ampliatur tertio, quod ab omnibus communiter approbatur, vt testatur Mascardus de probat. lib. 3. concl. 1362. num. 10. Farin. dict. quæst. 74. num. 13. y este juramento à de ser judicialmente, & non alibi, vt probatur ex l. 3. §. Gauino vbi glos. ff. de testibus, Mascar. d probat. lib. 1. in præfa. q. 5. num. 89. Y esto es de tal calidad, que faltãdo qualquiera de los requisitos referidos, es lo mismo que sino lo vuiesse, quia paria sunt testem non iurasse, vel non ritè iurasse, vt benè exornat Mascard. dict. quæst. 5. num. 80. De que consta, que aũ que las dichas declaraciones tuuiessen juramento, por ser notorios los defectos de la forma, que en el se requiere, aun quãdo fuessen judiciales erã ningunas, y assi no teniẽdolo, es mas euidente la nullidad dellas. Lo tercero por el defecto de la calidad de la citacion, l. si quando, C. de testibus, cap. 2. extra eodem.

Y assi para que pueda auer probança, es necessario que los que declaran por censuras, se presenten despues en el pleyto por testigos, y que juren ante el juez de la causa, en la forma referida, y buelvan a dezir como tales, lo que antes extrajudicialmente auian declarado que sabian, vt animaduertit Faber, d. defin. 16. C. de testibus; quẽ sequitur Ricius in sua praxi decis. 279.

Y en este caso no obra efecto alguno la ratificaciõ judicial de las personas que hizieron las dichas declaraciones, y se presentaron por testigos; porque demas de lo referido, se cõsidera, que la ratificacion est quædam conualidatio actus præcedentis, secundum Geminianum cons. 128. nu. 4. quem refert Tuscus litera R. concl. 8. Y esto no à lugar en el acto, que de su naturaleza es nullo, porque la ratificacion del no lo haze valido; mayormente en perjuyzio de tercero, cap. auditis de electione, Federicus de Senis cons. 184. in fin. Tuscus d. litera R concl. 24. num. 1. & 2. quod procedit aun respeto de la misma parte q̃ haze la ratificacion, Bald. cons. 101. numer. 15. lib. 3. Angelus cons. 198. num. 2. & per totum. Y por esta causa la ratificacion del contrato nullo, porque no puede obrar efecto en el, ni validarlo, a lo mas se resuelve in vim pacti, sin que pueda tener retrotraccion, Corneus cõs. 27. volumine 1. in principio. De que consta, que siendo la dicha ratificaciõ de los testigos de acto,

que de su naturaleza por defecto de la forma, y substancia, y de los demas defectos referidos es ninguno, y de tal calidad, q̃ aun no merece nombre, no puede obrar efecto; mayormente no siendo hecha por la dicha Doña Ana de Vitoria, y sus hijos, sino por otros terceros, que no pueden pararle perjuyzio.

Y la causa porque la ratificacion de las informaciones sumarias, que ordinariamente se reciben en las causas criminales valen, es respeto de que los testigos se presentarō, o recibieron de oficio para dezir sus dichos, y sustanciar la causa, y proceder a prision, o en los casos que requieren breue remedio, y son executiuos, en q̃ se guarda la forma de recebir sus dichos, y la sustancia, y forma del juramento, procediendose en todo judicialmēte. Y porque respeto de la naturaleza de la causa, no se pudo, ni deuio entōces citar a la parte; y asi por este defecto el dicho no era valido, despues en la citacion que se le haze para la probança, basta q̃ el testigo se ratifique, sin que de nueuo repita su dicho, que oy auia depuesto judicialmente, pues esto solo era para cumplir con la forma de la citacion: y asi faltando todo esto en las declaraciones que se hazen por censuras, no ay sobre que cayga la ratificacion, ni acto en que pueda obrar, vt colligitur ex his, quæ tradunt supra citati.

Y quando todo esto cessasse, lo que en si contienē las dichas declaraciones, aunque sean dichos de testigos, menos pueden hazer probança; porque demas de ser deudos, y parientes dela dicha Doña Ana Pardo, y que Luysa Gomez à muchos años que le sirue, y que està en su casa, y en lo que depone es singular, no concluyen en cosa alguna, y deponen de oydas, y no de cosa liquida, ni cierta, ni de que se pueda formar juyzio, sino solo inferirse, que las dichas declaraciones se hizieron afectadamente, y contra el intento, y efecto, para que se dan, pues no es verosimil, ni cabe en entendimiento humano, que para saber la dicha Doña Ana Pardo lo que pretendia de quien tiene en su propria casa, y de sus mismos deudos, fuesse necessario sacar censuras: y esto à llegado a tan miserable estado, que se suele hazer, para que las declaraciones se pongan al modo de la parte que lo pretende, juzgando que despues con la ratificaciō basta, y no se si aqui se intentò lo mismo.

Ex quibus manifestè patet, que aqui no ay confessiō de deuda, fecha por Francisco de Lara en fauor de Doña Ana Pardo, ni le-

ni legado de calidad, que se pueda dezir compensatiuo; y assi no se puede cobrar por deuda del testador; con que cessan todas las doctrinas que el Abogado contrario ingeniosamente refirio a la vista, para fundar, que concurriendo con la confessió de debito, hecha por el padre en su testaméto, presúmpciones y conjecturas que la justifiquen haze probança, y para perjuyzio al hijo, y a otro qualquier acreedor; porque estas doctrinas no hablan en este caso, ni se ajustan al hecho del, supuesto que no ay confession cierta de debito, que se pueda tratar de verificar, ni comprobar, pues es llano que no estamos en los casos de la l. qui testamentum de probationibus, ni de la l. cú quis decedens, §. codicilijs, de legat. 3.

Quarto facit, por la dicha Doña Ana de Vitoria, y sus menores hijos, que aunque estuuieramos en caso de confessió de deuda liquida, adhuc, se auia de sustentar en fuerça de legado, y solo en lo que mira al quinto, por ser principio de derecho, que la confession de deuda, que el padre haze en su testamento, no perjudica a los hijos en su legitima, ni a otro acreedor alguno, y solo se resuelve en donacion, o legado, vt post Bartolum in dict. l. cum quis decedens, §. codicilijs, num. 4. juntádo a muchos lo refiere Gutierrez de iuramento confirmatorio, 1. part. cap. 5. num. 21. vbi affirmat, quod hoc procedit etiam si talis confessio sit iurata, y despues del juntando a todos, y refiriendo a Valençuela, Velazquez en el consejo 86. y a Baldo, Castillo, Antonio Gomez, Matiézo, y a Iosepho de Cesse en la decis. 385. y a otros muchos, lo resuelve el señor Don Iuan del Castillo, lib. 5. quot. controu. 2. p. cap. 111. num. 11. cum duobus seqq. quod probatur ex dict. l. qui testamentum, & ex l. cũ quis decedens, §. codicilijs.

Et hoc adeò verum est, que aun la confession de debito, hecha en testamento, en que no se trata de perjuyzio de tercero, ni el testador tiene hijos, ni acreedores, no prueua la deuda, y solo se resuelve en legado l. Lutius la 2. §. quisquis de legatis 2. Gutierrez de iuramento confirmatorio, 2. p. cap. 6. nu. 5. & practicarum quæst. lib. 3. quæst. 96. adonde concluye, que por la tal confession no podra el q̃ la haze, en su testamẽto ser conuenido en vida, sino es que aya probança dello, y assi lo resuelven el señor Don Iuan del Castillo con todos los que el jũta, dict. cap. 111. num. 3. & 4. y este es el caso en que habla la

decision de Cesse.

Y aunque la doctrina referida se limita, quando ay conjecturas, y probança de la deuda, que justifiquen la confessió della, vt tradunt præter citatos à Gutierrez dict.cap.5.numer.21. Riminaldus cons.379.num.18.lib.4. Surdus decis.55. num.4. Pascalius de viribus patriæ potestatis,1.p.cap.4.nu.26. En el caso presente aun quãdo vuiesse tal confession, no solo no ay cõjecturas, y presumpciones, que la justificassen, sino antes de lo contrario, sin que pudieran proceder las que se refieren por la dicha Doña Ana Pardo.

Porque a la primera cõjectura, de que se opone, y quiere induzir de la buena calidad de la persona del dicho Veyntiquatro Francisco de Lara, y que era hombre de negocios, y de grã de credito, de quien no se podia presumir fraude, que es lo que Riminaldo refiere en el dicho cons.379.num. 19. y Mascardo en la conclusion 365.nu.3. y Pedro Surdo en el cons. 489. nu. 19. y otros muchos, que por euitar prolixidad no se refieren. Se satisfaze, con que si bien estas doctrinas proceden en caso de confession de debito, y cosa cierta, y que conforme a ellas la calidad de la persona solo no era bastante, sino es interviniendo los otros requisitos, que los dichos Autores refieren; aun quando estuuieramos en estos terminos, esta conjectura se venia a retorcer contra la dicha Doña Ana Pardo; porq̃ siẽdo (como era) el dicho Veyntiquatro Francisco de Lara, de la calidad que se refiere, si deuiera a la dicha Doña Ana Pardo la cantidad, que dize, lo declarara, y se la mandara pagar; y esto se haze aun mas cierto, respeto del legado que le hizo.

Y a la segunda conjectura, de que se opone, diziendo, que se deue atender al tiempo en que se haze la confession, y que si es el de la muerte, tiene mucha verisimilitud, que es la que juntando a muchos refiere el señor Don Iuã del Castillo, dict.cap. 111.n.6.cum duobus sequentibus, y la que se prueva del capitulo parrochialis de sepulturis, y de la l.fin. in fin. C. ad legẽ Iuliã repetundarum. Se satisfaze, con que demas de que esta conjectura tampoco se puede ajustar a este caso, pues en el no ay confession de deuda, no es cierta, nam moriens, non præsumitur esse Ioannes Baptista, neque eius assertioni statur, ex doctrina Baldi, quæ marios cõgerens, refert Mascardus de probat. concl.1074.numer.2.tom.2. adonde resuelve en el numero 5.

que

que en perjuyzio de tercero ſemejante cõfeſsiõ no obra nada.

Y quando eſtuuieramos en terminos deſta doctrina, ſe retuerce tambien contra la dicha Doña Ana Pardo, y ſe ſaca cõjectura contraria en fauor de los miſmos herederos, y de la dicha Doña Ana de Vitoria, porque ſi el dicho Franciſco de Lara deuiera los dichos quatro mil ducados, lo declarara, y no hiziera el dicho legado dellos condicional, y con calidad, y grauamen, que aun verificada la primera condicion, contuuieſſe (como contiene) otra de reſtitucion, en caſo q̃ la dicha Doña Ana Pardo entraſſe Mõja, o que murieſſe ſin dexar hijos. Y por eſte reſpeto, y para excluſion de la dicha ſegunda conjectura, y ſacar tambien otra cõtraria en fauor de la dicha Doña Ana de Vitoria, y ſus menores, ſe fundò enel ſegundo ſupueſto, que el dicho legado fue condicional, y gracioſo, y con los grauamenes, que en la ſegunda clauſula ſe refieren, quod conſiderat Menochius dict. præſumpt. 110. nu. 8. & nu. 27. Y aſsi en las demas cõjecturas, que ſe an querido induzir, ni ſon ciertas, ni deſte lugar; porque para ellas ſe ſupone confeſsion expreſſa, y clara de debito, q̃ es lo que aqui no vuo, ſino ſolo vn legado condicional, y gracioſo (como queda fundado) que es en lo q̃ oy conſiſte la determinacion deſte pleyto, ſin que aora toque a el la quenta de la particion, ni lo demas, que el dicho Iuã Geronimo à querido alegar, que no à probado. Por todo lo qual la juſticia de Doña Ana de Vitoria, y ſus menores, viene a ſer llana, para que ſe confirme la ſentencia del juez Ordinario, ſupliendola en quanto a los dos mil ducados, en que ſolo ſe deue ſuſtẽtar el dicho legado. Salvo en todo la dignisſima correccion de V.m.

que en perjuyzio de tercero semejante codicilo no obra nada.

Y quando estuuieramos en terminos destas doctrinas, si reuocare tambien contra la dicha Doña Ana Pardo, y se saca cōjectura contraria en fauor de los mismos herederos, y de la dicha Doña Ana de Vitoria, porque si el dicho Licenciado Lara deuiera los dichos quatro mil ducados, lo declarara, y no hiziera el dicho legado dellos condicional, y con calidad y grauamen, que aun verificada la primera condicion, contuuiesse (como contiene) otra de restitucion, en caso q la dicha Doña Ana Pardo entrasse Monja, o que muriesse sin dexar hijos. Y por este respeto, y para exclusion de la dicha segunda conjectura, y sacar tambien otra cōtraria en fauor de la dicha Doña Ana de Vitoria, y sus menores, se fundó en el segundo supuesto, que el dicho legado fue condicional, y gracioso, y con los grauamenes que en la segunda clausula se refieren, que el contiene. Menochius dict. præsumpt. 10. nu. 8. et nu. 37. Y assi en las demas cōjecturas, que se an querido induzir, ni son ciertas, ni deste lugar, porque para ellas se supone confession expressa, y clara de debito, q es lo que aqui no vuo, sino solo vn legado condicional, y gracioso (como queda fundado) que es en lo q oy consiste la determinacion deste pleyto, sin que aora toque a el la quenta de la particion, ni lo demas, que el dicho Iua Cerrauno á querido alegar, que no á probado. Por todo lo qual la justicia de Doña Ana de Vitoria, y sus menores, viene a ser llana, para que se confirme la sentencia del Juez Ordinario, supliendola en quanto a los dos mil ducados, en que solo se deue soltar el dicho legado. Salvo en todo la dignissima correccion de V.m.